

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

"Filiación y derechos sucesorios en la Fecundación Post-Mortem dentro del ordenamiento jurídico argentino"

Alumna: Florencia Mariel Duquez

Tutor: Carlos Alberto Miceli

Título a obtener: Abogada

Localización: Sede Regional Buenos Aires – Castelar

Teléfono: 011-1530016908

Correo electrónico: florenciaduquez@gmail.com

Fecha de presentación: 18 de octubre de 2021

AGRADECIMIENTOS

No hay palabras que puedan describir mi profundo agradecimiento a mis papás, quienes durante todos estos años confiaron en mí. Sin su apoyo, sacrificio y amor no estaría en estos momentos por cumplir uno de mis más grandes sueños.

Gracias a mi mamá Elba Patricia Folonier y a mi papá Marcelo Héctor Duquez.

RESUMEN

Este trabajo con modalidad de discusión teórica, tuvo como objetivo general analizar la Fecundación Post-Mortem dentro del derecho argentino. Debido a que el tema es amplio, específicamente se centró sobre lo concerniente a la filiación y sus derechos sucesorios en la Fecundación Post-Mortem. Luego de analizar la temática teniendo en cuenta la doctrina, legislación y jurisprudencia concordante, se pudo determinar que si bien al redactar el Anteproyecto de lo que luego sería el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), se tuvo en cuenta la figura jurídica de la Fecundación Post Mórtem, luego se eliminó del proyecto, lo que se constituyó en un silencio de la ley frente a este tema, estableciendo un vacío legal. Este silencio de la ley es tomado por los jueces al momento de dictar sentencia, de diferentes maneras. En el segundo capítulo de este trabajo, se ha analizó en orden cronológico el criterio jurisprudencial a partir de 1999 frente a este tema, y si bien la mayoría de la jurisprudencia se ha expedido sobre una posición favorable respecto a la Fecundación Post Mórtem, sigue existiendo controversia específicamente a la cuestión atinente sobre el consentimiento presunto y sobre los derechos sucesorios. Por ello es que a continuación se presenta una propuesta legislativa con el propósito de encontrar una solución jurídica a dicha cuestión.

PALABRAS CLAVES: FECUNDACIÓN POST MORTEM- TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA- FILIACIÓN- DERECHO SUCESORIO.

INDICE

Justificación 8
Planteo del problema 9
Objetivo general 11
Objetivos específicos 11
Marco teórico 12
Capítulo I: Filiación 13
Capítulo II: Técnicas de Reproducción Asistida: Fecundación Post-Mortem 30
Capítulo III: Abordaje metodológico 41
Capítulo IV: Análisis e interpretación del material relevado 42
Conclusion 47
Preentación de propuesta 48
Bibliografía 49

Gmail **Florencia Duquez <florenciaduquez@gmail.com>**

Reserva tema del trabajo final

2 mensajes

Florencia Duquez <florenciaduquez@gmail.com> 9 de octubre de 2018, 21:57
Para: Marilina.Miceli@uai.edu.ar

Buenos días Dra. Miceli, mi nombre es Florencia Duquez, alumna de Abogacía, quinto año, sede Castelar. Le escribo en esta oportunidad para pedirle reserva del tema del trabajo final y mi tutor. El tema seria FECUNDACIÓN POST MORTEM, analizando los derechos filiatorios y los derechos sucesorios del nacido. Mi tutor seria el Dr. Carlos Miceli, profesor de Sucesiones en esta sede.

Desde ya, muchas gracias.

Saludos.

Marilina.Miceli@uai.edu.ar <Marilina.Miceli@uai.edu.ar> 10 de octubre de 2018, 11:50
Para: florenciaduquez@gmail.com

Terma registrado. Atte

Dra. Marilina Andrea Miceli

Secretaria Técnica de la

Facultad de Derecho y Cs. Políticas y

Directora de la carrera de Martillero publico,

Corredor y Administrador de consorcios

Universidad Abierta Interamericana

Tel. 4342-7788 int.139 Fax 4342-7654

[El texto citado está oculto]

Castelar, 3 de mayo de 2021.-

Autoridades de la Carrera de Abogacía
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Abierta Interamericana
S_____/_____D

Por medio del presente, acepto ser tutor del trabajo final a realizar por la alumna Florencia Mariel Duquez, por el cual pretende obtener el título de Abogada.

Sin otro particular, saluda atentamente.-

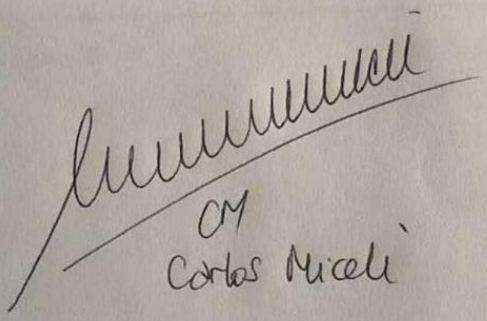
Carlos Miceli

Castelar, 13 de Octubre de 2021.-

Autoridades de la Carrera de Abogacía
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Abierta Interamericana
S_____/_____D

Por medio del presente, manifiesto que el siguiente trabajo final realizado por la alumna Florencia Mariel Duquez, ha sido confeccionado bajo mi supervisión. Razón por la cual, presto conformidad para que sea presentado de manera definitiva a quien corresponda.

Sin otro particular, saluda atentamente.-



JUSTIFICACIÓN

Este trabajo con modalidad de discusión teórica, tiene como propósito analizar la Fecundación Post-Mortem dentro del derecho argentino. Debido a que el tema es amplio, específicamente se centrará sobre lo concerniente a la filiación y sus derechos sucesorios en la Fecundación Post-Mortem.

Salituri Amezcua[1] conceptualiza Fecundación Post-Mortem (FPM) como un supuesto especial de técnica de reproducción asistida (de aquí en adelante, TRHA), cuya principal característica radica en que es realizada después de la muerte de uno de los miembros de la pareja o matrimonio. Asimismo, la autora explica que se pueden configurar dentro de esta categoría, tanto desde la perspectiva fáctica como teórica, diversos supuestos.

En relación a los sujetos, la doctrina ha identificado tres supuestos: que el miembro supérstite de la pareja o matrimonio (heterosexual o del mismo sexo) sea mujer, en tal caso en su cuerpo se realizará la FPM o que sea el varón, lo que implicará recurrir a la gestación por sustitución (GS) y, finalmente, que ambos fallezcan, lo que también implicará la realización de la GS.[2]

En lo respectivo a las modalidades, ésta puede ser que la técnica se realice con un embrión criopreservado de la pareja, generado durante la vida de ambos, o bien que el embrión sea generado también post mortem con material genético criopreservado del fallecido/a u obtenido a través de la extracción de su cadáver.

Estas posibilidades fácticas que brinda la biotecnología interpelan al Derecho, que puede adoptar diferentes posturas frente a la FPM: i) su permisión expresa y la regulación de las condiciones de su realización y sus efectos (por ejemplo en países como España, Bélgica, Reino Unido, Israel, Grecia); ii) su prohibición expresa (por ejemplo en países como Francia, Alemania, Italia, Portugal), y iii) el silencio jurídico (éste es el caso de la Argentina). Del silencio jurídico existente en el ordenamiento jurídico argentino es que surge la motivación en analizar desde la modalidad de

[1] Salituri Amezcua, M, M. (2020). Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem. Ministerio de Salud de la Nación Argentina. Recuperado de: https://salud.gob.ar/dels/entradas/jurisprudencia-argentina-en-materia-de-fertilizacion-post-mortem
[2] Salituri Amezcua, M, M. (2020). Ibídem.

discusión teórica, cómo impacta lo referido a la filiación y el derecho sucesorio en la Fecundación Post Mortem (FPM).

PLANTEO DEL PROBLEMA

Los ordenamientos jurídicos de otros países como por ejemplo España, admiten la figura jurídica de la Fecundación Post Mortem (FPM), regulando en líneas generales sobre la base de dos aspectos fundamentales: el tiempo, estableciendo un límite máximo para su realización (seguridad jurídica) y el consentimiento previo de la persona fallecida (autonomía de la voluntad). Cumpliéndose los requisitos legales, la FPM puede desplegar efectos en materia de derechos filiatorios y sucesorios del nacido/a, por ejemplo en lo estipulado en el art. 9º, de la ley española 14/2006.

En Argentina, si bien se pretendió regular la Fecundación Post Mortem bajo este esquema mediante el artículo 563 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (CCyC), cuya redacción fue eliminada del Código efectivamente sancionado (ley 26.994) luego del debate parlamentario en la Cámara de Senadores de la Nación.

Este artículo establecía: *"En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento, b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso".*

Asimismo, el Anteproyecto consagraba que pueden suceder al causante las personas *"nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida…"* (art. 2279, inc. c), reconociendo derechos sucesorios a los nacidos por FPM. Este artículo se conserva en el CCyC vigente.

Por consiguiente, existe un vacío legislativo en torno a la regulación de la FPM, con los desafíos que implica aplicar el criterio jurisprudencial frente a los casos que

puedan presentarse. Por lo expuesto en párrafos anteriores es que urge el siguiente interrogante para ser discutido teóricamente desde la posición doctrinaria, legislativa y jurisprudencial:

¿Qué sucede con la filiación y los derechos sucesorios en un supuesto de Fecundación Post-Mortem, en el ordenamiento jurídico argentino?

OBJETIVO GENERAL

Analizar qué sucede con la filiación y los derechos sucesorios en un supuesto de Fecundación Post-Mortem, en el ordenamiento jurídico argentino.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar la legislación existente sobre filiación y derechos sucesorios en un supuesto de Fecundación Post-Mortem en el derecho argentino y comparado.
- Discutir desde la doctrina las diferentes posiciones sobre el tema.
- Determinar los efectos del vacío legal en lo respectivo a la filiación y derechos sucesorios en un supuesto de Fecundación Post-Mortem dentro del ordenamiento jurídico argentino.

MARCO TEÓRICO

El primer capítulo del presente trabajo plantea una aproximación a los conceptos principales que enmarcan la figura de la filiación en el derecho de familia y las características que adquiere en la legislación argentina. Para ello, se describen los elementos vinculados al término filiación y se brindan las notas salientes en relación a su concepto jurídico. Luego, se analizan las significativas implicancias del estado de familia y sus caracteres para determinar la situación jurídica que tiene la persona en el seno del grupo familiar sumado a la importancia de la filiación para constituir la identidad de una persona.

El recorrido propuesto se completa con un breve análisis de la evolución normativa de la filiación en Argentina y los principios que la informan, destacando las fuentes de la filiación y sus modalidades de determinación admitidas en nuestro país, a lo que se añade la situación en el derecho comparado con el objeto de proveer de un encuadre general sobre la temática abordada que se profundizará en los capítulos siguientes. Asimismo, el segundo capítulo conceptualiza las Técnicas de Reproducción Asistida (TRHA) y se enfoca principalmente sobre la Fecundación Post-Mortem (FPM).

CAPÍTULO 1: FILIACIÓN

1.1 Filiación. Nociones. Concepto

En la legislación argentina el término filiación no aparece definido de manera específica por lo que se puede acudir a otro tipo de fuentes para realizar una aproximación a partir de distintas perspectivas de abordaje. Por ejemplo, el *Diccionario de la Real Academia Española* se refiere a la filiación como la "procedencia de los hijos respecto a los padres", y en otra de sus acepciones también alude a los "datos personales de alguien"[3].

El vocablo filiación proviene del latín *filiatio* y significa "acción de filiar", que puede interpretarse como "apuntar datos personales de alguien". Entre sus componentes léxicos se encuentra: *filius* (hijo), *-are* (terminación de uso para formar verbos), a lo que se agrega el sufijo *–cion* (acción y efecto).

Si bien los elementos reseñados permiten un somero acercamiento a la cuestión, un diccionario jurídico puede ofrecer algunas puntualizaciones más rigurosas desde la perspectiva legal. La filiación es equiparada al término 'procedencia' y se la vincula al "parentesco de los hijos respecto de los padres" y también como la "dependencia de algunas personas respecto de otra u otras principales"[4]

En cambio, si se parte de la normativa contenida en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN), filiación indica el vínculo jurídico que existe entre padre/madre e hijos que se determina a través de la procreación natural, por medio de las técnicas de procreación humana asistida (en adelante, TRHA) o por medio de la adopción.[5] Sin embargo, la diversidad de fuentes contenidas en la legislación actual fue resultado de extensos debates jurídicos, culturales, científicos, morales y religiosos que hunde sus raíces en la historia de nuestro país.

---

[3] Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. [En línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=HuYYEmr

[4] Pérez Lasala, J, L. (2014). Tratado de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Tomo I. Parte General. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

[5] Sambrizzi, E. La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem. Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires: La Ley. Cita online: AR/DOC/1566/2015.

En sus orígenes, la filiación en Argentina se establecía en principios basados en la idea del matrimonio monogámico de carácter católico e indisoluble. Los hijos tenían distintas categorías y derechos según hubieren nacido dentro o fuera del vínculo matrimonial.[6] Se conferían las categorías de hijos naturales, adulterinos, incestuosos, y sacrílegos según los artículos 338 a 341 del Código de Vélez Sarsfield (en adelante, CC) derogados por la ley 23.264.

Belluscio, explica que aunque en la actualidad no existen diferencias en la relación parental sea cual fuere su origen, rememorar las categorizaciones abolidas de la legislación permite comprender cómo las leyes expresan los climas de épocas en la que fueron dictadas.[7]

Al efecto, se consideraba que los hijos naturales eran los nacidos dentro del ámbito del matrimonio; mientras que los adulterinos eran aquellos cuyos padres tenían problemas de ligamen y por ese motivo no podían celebrar el matrimonio. En tanto que los incestuosos eran los nacidos de relaciones entre hermanos, ascendientes o descendientes, y los sacrílegos eran los hijos de clérigos o cuyos padres o madre estaban ligados por voto de castidad a órdenes religiosas de la Iglesia Católica.

Por otra parte, Belluscio[8] explica que se puede hablar de filiación en sentido amplio o en sentido restringido. En el primer caso la filiación estará dada por la sola procreación biológica, aunque no trascienda el ámbito jurídico, como así también en los casos en que el derecho emplaza jurídicamente el lazo parental filial como son en las diferentes técnicas de procreación artificial, o cuando se ejerce la adopción plena o simple, saltando así toda línea biológica.

En sentido restringido, existirá filiación si se estableciera una relación jurídica entre el progenitor o los progenitores y el hijo, tras el respectivo emplazamiento filial. En otras palabras, cuando una realidad concreta es reconocida y regulada por el derecho con su correspondiente cuadro legal que crea el título de estado y los respectivos

[6] Belluscio, A. (2011). Manual de Derecho de Familia. Décima edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
[7] Ibídem.
[8] Belluscio, A. (2011). Manual de Derecho de Familia. Décima edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

derechos y deberes que de allí se generan.[9] Desde esta perspectiva no hay filiación sin una declaración de la ley que así lo determine.

Puede decirse entonces que la filiación es una relación jurídica que nace del hecho de la procreación, o de la voluntad procreacional, o del acto jurídico de la adopción que genera nexos biológicos y, en otro, por asimilación legal. Es el vínculo legal que se entabla entre dos personas, padre o madre y en el otro extremo hijo o hija. Concretamente, se dice que la filiación es el vínculo jurídico que une a una persona con sus padres.[10]

1.2 El estado de la persona

Es pertinente mencionar que, se considera que el "estado" de una persona física es el estatus jurídico que ocupa dentro de la familia o de la sociedad, de la que se desprenden importantes consecuencias legales. Dicha posición no es de autonomía sino de subordinación a fines superiores, y determina una "ligazón orgánica" entre los sujetos.[11] En lo que respecta al estado de familia, se utiliza esta denominación para determinar la situación jurídica que tiene una persona dentro de la familia.

En la vida diaria, se tiende a utilizar la expresión estado civil (o estado de familia) para aludir a la calidad que reviste la persona derivada del vínculo matrimonial (soltero, casado, viudo, etc.) pero, lo cierto es que el estado de familia tiene un alcance mayor dado que comprende la posición jurídica integral que detenta una persona en la familia a la que pertenece.[12] Es decir, que además del vínculo matrimonial se consideran las relaciones paterno-filiales y parentales, en general.

Al hacer referencia al estado de familia, Zanonni lo define como "el conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos que corresponden a las personas en virtud de su emplazamiento familiar, los que por estar a ellas atribuidos, procuran la tutela de su

[9] Belluscio, A. (2011). Manual de Derecho de Familia. Décima edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
[10] López del Carril, Julio J. (1987). La filiación y la ley 23264. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
[11] Cicu, A. (1964). Derecho de las sucesiones. Parte General. Traducción de González Porra, José Manuel y notas de Albaladejo García, Manuel. Bolonia, Italia: Publicaciones del Real Colegio de España.
[12] García de Solavagione, A. Filiación por naturaleza o biológica. en Borda, G. (2014). Derecho de Familia y de las Personas. Entre el derecho dado y el derecho comparado. Córdoba, Argentina: Nuevo Enfoque Jurídico.

individualidad familiar (como persona) ante el orden jurídico".[13] Por su parte, Belluscio[14] considera que el estado de las personas es el cúmulo de cualidades que la norma tiene en cuenta para atribuirles efectos jurídicos. A su turno, Caferatta señala que "todo el asunto se relaciona con un encadenamiento de filiaciones".[15]

Una persona puede contar con varios estados de familia la vez; ser madre de alguien y sobrina del hermano de su padre, y también esposa, prima, etc. Lo que define en cada caso el estado de familia es la correlación que se establece entre la persona y sus parientes.[16] La constatación de un estado de familia se deriva de la existencia de derechos y deberes en la relación de parentesco que vincula a las personas involucradas.

Por otra parte, Sambrizzi[17] expresa que el título de estado de familia hace referencia a los instrumentos públicos que permiten acreditar que se posee determinado estado de familia y, por lo tanto, permite ejercer derechos y cumplir obligaciones derivadas del mencionado título. El concepto del título de estado tiene una doble acepción: en sentido sustancial, es el emplazamiento en un específico estado de familia; y desde una óptica formal, está compuesto por los instrumentos públicos mencionados y que constituyen la prueba legalmente establecida para acreditar ese estado.

En general, cuando se alude al título de estado se consideran los asientos de nacimiento, matrimonio y defunción que se encuentran anotados en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Las copias debidamente legalizadas de estos asientos expedidas por el Registro se utilizan para probar el título de estado. Algunos juristas renombrados consideran también que es un título de estado aquella sentencia firme que modifica o constituye un título de estado, si bien no existe unanimidad en la doctrina al respecto.[18]

[13] Zanonni, E. (2006). Derecho Civil. Derecho de Familia. Quinta edición. Buenos Aires: Astrea.
[14] Belluscio, A. (2011). Manual de Derecho de Familia. Décima edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
[15] Cafferata, J. (1952). La filiación natural. Córdoba, Argentina: Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba.
[16] Sambrizzi, E. La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem. Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires: La Ley. Cita online: AR/DOC/1566/2015.
[17] Sambrizzi, E. La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem. Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires: La Ley. Cita online: AR/DOC/1566/2015.
[18] Sambrizzi, E. Ibídem.

1.3 Caracteres del estado de familia

El estado de familia posee características destacables, en forma enunciativa, y sirve como pauta de interpretación para considerar las acciones de estado de familia. Al respecto, cabe agregar que la ley permite ciertas excepciones. Los caracteres admiten el siguiente compendio a partir de los desarrollos efectuados por Belluscio[19]:

I) *Universalidad:* al ser el estado un atributo de la personalidad, involucra todas las relaciones jurídico-familiares de la persona: parentales, filiatorias, matrimoniales, tutelares.

II) *Unidad:* es decir, una misma persona no puede pertenecer a distintas clases de familia estructuradas por separado e incomunicadas entre sí. La excepción a este principio es la adopción simple, en la que el adoptado tiene una familia biológica y otra adoptiva, relativamente aisladas entre sí.

III) *Indivisibilidad:* no es posible tener un estado de familia respecto de ciertas personas y, al mismo tiempo, pretender uno distinto e incompatible con el anterior frente a terceros. La regla tiene excepciones en el ámbito del derecho internacional privado, de acuerdo a los estados de familia que reconozca cada país.

IV) *Reciprocidad o correlatividad:* ello implica que al estado de madre corresponde el de hija; al de sobrino, el de tío, al de esposa el de esposo. cabe aclarar que no existe correlatividad en caso del viudo y soltero.

V) *Oponibilidad:* la situación jurídica en la que se basa el estado puede hacerse valer frente a todos activamente, o pasivamente cuando el titular lo invoca frente a quienes pretenden desconocerlo. Si bien el estado es oponible *erga omnes*, ello no impide que quienes cuenten con legitimación suficiente puedan impugnar dicho estado por vía judicial.

VI) *Estabilidad:* significa que se puede modificar a través de ciertos hechos jurídicos (nacimiento, muerte), por celebración de actos jurídicos familiares normados (matrimonio, reconocimiento), o por sentencia recaída en acciones de estado (de exclusión de paternidad, de divorcio, de adopción, etcétera).

[19] Belluscio, A. (2011). Manual de Derecho de Familia. Décima edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

VII) *Inherencia personal:* todos los atributos del estado son inherentes a la persona de su titular; los derechos y obligaciones derivadas solo pueden ser ejercidos por él.

VIII) *Indisponibilidad e inalienabilidad:* al pertenecer al ámbito del orden público indisponible, no puede ser objeto de renuncia, prescripción, ni de transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, transacción, embargo, ejecución, etcétera. La persona no puede ser despojada del estado que posee.

IX) *Irrenunciabilidad:* el estado es irrenunciable, en tanto atributo de la persona. Sin embargo, existen algunas excepciones como en el caso de la adopción simple que puede ser revocada por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente (art. 629, inc. c CCyCN), o cuando los progenitores renuncian tácitamente a su estado de padres - manifestando ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción (art. 625, inc. c CCyCN)-.

X) *Imprescriptibilidad:* el estado no se ve afectado por el transcurso del tiempo. La imprescriptibilidad es incuestionable, dado que el estado de familia sólo se adquiere por hechos o actos jurídicos, o mediante sentencia judicial (art. 576 CCyCN).

XI) *Imperatividad:* la posición que la persona ocupa en la familia implica derechos y deberes que dependen de las leyes que lo regulan. Es por ello que se les atribuye un carácter imperativo.

1.4 Importancia de la filiación

El interés por la determinación de la filiación de toda persona ha sido una constante a lo largo de la historia universal. Esto le otorga a la persona una posición dentro de cada familia y un lugar en la sociedad a la que pertenece. De allí se derivan una serie de derechos, obligaciones y prohibiciones (como los impedimentos matrimoniales- que regulan las relaciones filiales. En esta línea, el derecho a la identidad personal adquiere una especial relevancia en lo que respecta a la filiación.

Asimismo, cada individuo tiene derecho a la filiación que legalmente le corresponde y, por tanto, a investigar (dentro del marco que provee la ley) quiénes son sus padres biológicos. El principio de la verdad biológica es un derecho humano

incorporado a los tratados internacionales y que también puede hallarse en la codificación de fondo argentina. La posibilidad de saber quiénes son los verdaderos progenitores subyace en la necesidad de construir la propia identidad del hijo, por lo que es este último su principal beneficiario.[20]

Cifuentes[21] explica que la identidad constituye un derecho personalísimo, fundamento básico de la dignidad humana, y en ella se incluye el concepto de identidad biológica. En tanto presupuesto del concepto jurídico de persona, la identidad biológica permite atribuir el estado civil del que surgen las relaciones de familia. En consecuencia, el derecho a la identidad personal va acompañado de otros derechos que deben ser respetados como el uso del nombre, la nacionalidad, la integración a la familia de origen, entre otros.

Si bien el ordenamiento jurídico pugna por que exista correspondencia entre el vínculo biológico y el jurídico, el principio de la verdad biológica no es absoluto. Ello se pone de relieve cuando el presupuesto biológico de la persona no coincide con su emplazamiento familiar, como en el caso de la adopción plena (artículo 620 CCyCN). En este sentido, resulta clarificador observar que dicha distinción entre ambos vínculos se daría en el supuesto del niño nacido tras la fecundación de una mujer casada con gametos de un donante distinto al marido, siendo que el esposo ha dado su consentimiento para la concreción del procedimiento. "En ese caso, la identidad filiatoria genética difiere de la paternidad atribuida al marido de la gestante", indica Sambrizzi.[22]

En el derecho de familia contemporáneo, la postura biologicista a ultranza ha cedido terreno a una perspectiva dinámica de los vínculos paterno-filiales.[23] En aquellas situaciones donde el vínculo jurídico filiatorio y el biológico corren por sendas diversas y existen posesiones de estado de familia consolidadas, hacer prevalecer el elemento

[20] Corral Talciani, H (2010). Anonimato del progenitor versus derecho del hijo a conocer su identidad biológica. En La filiación: sus desafíos jurídicos, hoy. Buenos Aires: Educa.
[21] Cifuentes, S. (2001). El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido", en Revista Jurídica La Ley. Tomo 2001-C. Buenos Aires: La Ley.
[22] Sambrizzi, E. La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem. Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires: La Ley. Cita online: AR/DOC/1566/2015.
[23] Chechile, A, M. (2015). Derecho de familia conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. 1ra. edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

biológico puede representar un gran problema, al afectar la identidad filiatoria de la persona.

Lo cierto es que los casos donde la determinación de la identidad personal pone en jaque con mayor vehemencia a los principios jurídicos clásicos son los referidos a la procreación asistida. Las discusiones entre los doctrinarios argentinos en torno a este tópico han resurgido con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, tal como se analiza más adelante.

1.5 Breve evolución legal de la filiación en Argentina

La filiación en el ordenamiento legal argentino se remonta a la sanción del Código de Vélez. Tal como se mencionará en un apartado anterior, la primitiva redacción del Código Civil, fijaba distintas categorías de hijos, a los que discriminaba entre legítimos, naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

Además, estipulaba la prohibición de averiguación de la maternidad o paternidad adulterina, incestuosa o sacrílega. Para las leyes de entonces, los hijos nacidos de esas uniones no tenían madre o padre, ni parientes derivados de alguna de las partes.[24] Tampoco era posible efectuar acciones judiciales para determinar la maternidad o paternidad.

Esta situación de desamparado podía ser atenuada parcialmente si se realizaba un reconocimiento voluntario por parte del o los padres. En estos casos, se podían solicitar alimentos hasta los 18 años, si el hijo o hija estaba imposibilitado de autosatisfacer sus necesidades. Sin embargo, no gozaba de derecho alguno respecto a la sucesión. A su vez, el padre o madre no podía ejercer la patria potestad (arts. 341 a 344 CC).

Con posterioridad, una serie de leyes comenzaron a introducir cambios que fueron acompañando los avances sociales y culturales de la sociedad argentina. Por ejemplo, la ley 2393, en su artículo 112, derogó la categoría de hijos sacrílegos y todas

[24] Sambrizzi, E. La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem. Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires: La Ley. Cita online: AR/DOC/1566/2015.

las disposiciones que la regían, quedando subsistentes las demás regulaciones –y categorías- en materia de filiación.

Hacia 1954, la ley 14.367 permitió eliminar las calificaciones legales que discriminaban a los hijos nacidos fuera del matrimonio, dejando subsistente solo dos categorías: hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales. No obstante, ello no redundó en una igualación entre ambas categorías dado que, en la sucesión, por ejemplo, al hijo matrimonial le correspondía la mitad que lo asignado al hijo natural.

Es correcto expresar que la ley 23.264, en tanto, cambia el enfoque de la filiación, asentado tradicionalmente en la consolidación del matrimonio. La configuración que provee la nueva arquitectura legal se fundamenta en el vínculo biológico. Además, se consagra el principio de la unidad de filiación, otorgando iguales efectos a la filiación matrimonial, extramatrimonial y en la adopción.

Otro de los aspectos destacados es que se reconoce iguales derechos a los hijos sin diferenciar entre aquellos nacidos dentro del matrimonio, o fuera de dicha unión. Dicha igualación, no obstante, no era total dado que, por ejemplo, la determinación de la paternidad extramatrimonial revestía mayor complejidad que la surgida del matrimonio.[25] Este punto generó controversias entre quienes se mostraban críticos de la norma, como por ejemplo Mazzinghi[26] (porque entendían que la diferenciación contribuía a afianzar la institución familiar), y quienes la defendían como Perrino[27] (porque consideraban que los niños no eligieron nacer dentro o fuera del matrimonio).

Llegado a este punto, es pertinente mencionar que el Código Civil y Comercial de la Nación introduce modificaciones significativas respecto a la filiación que serán analizadas en detalle en sucesivos apartados del presente trabajo.

1.6 Principios que informan el derecho argentino en materia de filiación

En la reforma de la codificación de fondo se han plasmado algunos aspectos fundamentales en el ámbito de la filiación que se proyectan sobre todo el ordenamiento

[25] Zanonni, E. Derecho Civil. Derecho de Familia. Quinta edición. Buenos Aires: Astrea.
[26] Mazzinghi, J. (2006). Tratado de Derecho de Familia. Cuarta Edición. Buenos Aires: La Ley.
[27] Perrino, J. (2006). Derecho de Familia. Buenos Aires: Lexis-Nexis.

jurídico, a saber: el principio a la igualdad, el principio a la verdad biológica, la protección a la familia y el interés superior del niño.

-*Principio a la igualdad*. La igualdad de los hijos es un tema fundamental y la ley ha eliminado toda duda con respecto a esto dándoles el mismo grado de igualdad a todos los hijos, sean matrimoniales o extramatrimoniales, y la ciencia ha colaborado también por medio de las pruebas de ADN a que se puede determinar con precisión absoluta la verdad del origen de cada uno de nosotros ya que toda filiación por naturaleza puede ser establecida.

-*Principio de la verdad biológica*. Las pruebas de ADN han hecho un aporte fundamental a este tema, asegurando resultados objetivos, ya que sin ellas sería imposible determinar fehacientemente la verdad biológica y en caso de dudas para determinar una correcta filiación paterna. García de Solavagione[28] señala que ingresan entre las excepciones a este principio los supuestos de adopción, fecundación asistida con material heterólogo y los denominados "úteros de alquiler". No obstante, los jueces de oficio pueden ordenar que se realicen pruebas de ADN para determinar si el material genético corresponde, o no, a quien se le imputa la paternidad o quien la niega -artículo 579 CCyCN.

Es importante destacar que el artículo 596 del CCyCN contempla para los hijos adoptados el derecho a conocer sus orígenes. Dicho articulado establece que el expediente de adopción debe contener todos los datos posibles con respecto a la verdad biológica del niño adoptado para que éste, en una edad de madurez suficiente, pueda conocerlos, obligando también a los adoptantes a no ocultar esta verdad, aunque no aclare el momento en que debe ser transmitida esta información. Por último, en las TRHA se contempla la posibilidad de conocer la identidad del donante, por razones de salud debidamente fundadas -artículo 564 CCyCN.

-*Principio de protección a la familia*. Consiste en la impugnación a la paternidad matrimonial y sólo la puede solicitar el esposo, el hijo o los herederos del esposo en caso de fallecimiento. La legitimación activa es restringida sólo a estos actores.

[28] García de Solavagione, Alicia. "Filiación por naturaleza o biológica", en Borda, G. (2014). Derecho de Familia y de las Personas. Entre el derecho dado y el derecho comparado. Córdoba, Argentina: Nuevo Enfoque Jurídico.

-*Prevalencia del interés superior del menor*. La preponderancia del interés de la persona menor de edad comprende tanto las relaciones con los padres y el resto de su familia, como respecto a toda la sociedad. El derecho a la determinación de la filiación biológica y jurídica del niño se sobrepone a los intereses de los padres. A su vez, este principio presenta dos facetas: a) el interés superior minoril, que refiere a las normas que regulan el estatuto filiatorio en cada país; y b) el interés superior del niño en el caso concreto, que será materia de análisis en cada causa específica por parte del juez especializado según Fanzolato.[29] Este principio está reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño –artículos 3, 9 y 21-, en la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes –artículos 3 y 5-, y en distintos pasajes del Código unificado –artículos 104, 404, 438, 439, 499, 638, 642, 701-.

1.7 Fuentes de la filiación

Si bien más adelante se analizarán en profundidad algunos aspectos de esta cuestión, es importante destacar que el Código Civil de Vélez admitía la filiación por naturaleza -ya sea matrimonial o extramatrimonial- o por adopción. La principal novedad introducida a través del CCyCN es la incorporación de una nueva fuente, la filiación obtenida mediante TRHA, según lo dispone la primera parte del artículo 558.

Puntualmente, puede señalarse que las normas que regulan la filiación por naturaleza y la filiación por adopción son semejantes a las incluidas en el Código de Vélez. En cambio, en lo que atañe a la filiación derivada de TRHA la modificación en la codificación es profunda. Por ejemplo, para estos casos se establece la voluntad procreacional como fuente de filiación, aunque no con relación a la gestante. Las discusiones doctrinarias en torno a la filiación por TRHA y el modo en que la misma fue incluida en el CCyCN abarcan un amplio abanico de tópicos que van desde la crítica al término ‘reproducción’ hasta si se trata –o no- de una filiación por naturaleza, temas a los que se aludirá más adelante.

En cuanto a los efectos, a excepción de los casos de adopción simple, se dispone que las filiaciones derivadas de distintas fuentes surtan iguales efectos, de acuerdo a la segunda parte del artículo 558 CCyCN. De esta forma, se mantiene la igualdad de

[29] Fanzolato, E. (2008). La filiación adoptiva. Córdoba: Advocatus.

efectos consagrada en el derogado artículo 240 del Código de Vélez. Por lo cual, tanto en la adopción plena –que extingue el vínculo biológico con la familia de sangre-, como entre los hijos nacidos por naturaleza o por aplicación de TRHA (sin distinción respecto a si son fruto de una unión matrimonial o extramatrimonial), todos gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones.[30]

A su vez, la última parte del artículo 558 CCyCN establece que las personas no pueden tener más de dos vínculos filiales, cualquier sea el origen de la filiación. Esta disposición está en sintonía con lo expresado por buena parte de los doctrinarios de Argentina. La regla ha despertado mayor interés y notoriedad en los últimos años a partir de la proliferación de técnicas de procreación asistida que comienzan a ponerla en tela de juicio. En especial, la principal amenaza que advierten los jurisconsultos se cierne sobre las denominadas 'prácticas heterólogas', que podrían abrir la posibilidad a la generación de "más de dos vínculos filiares", conforme lo explica González Magaña.[31]

De allí que el mantenimiento del sistema binario en el CCyCN ha recibido el respaldo de muchos especialistas en derecho de familia, que observan con preocupación el avance de procedimientos científicos de TRHA en la que podrían confluir aspectos genéticos y volitivos. La referida norma, sin embargo, admite una excepción en el caso de filiación por adopción -que se encuentra contenida en la segunda parte del artículo 621- y otra en el artículo 631 inc. b) -que se refiere a la filiación de integración-.

1.8 Determinación de la filiación

Como se adelantó en otro párrafo de este trabajo, la determinación de la filiación consiste en señalar jurídicamente quién es el padre y/o madre de una persona. Para ello, el CCyCN contempla las relaciones entre padres e hijos a los fines de regular los derechos y obligaciones derivadas. En efecto, los modos para determinar la filiación se dividen en: a) legal –establecida por ley según determinados supuestos, como el parto-, b) voluntaria –cuando nace del reconocimiento en tanto acto volitivo, o proviene de la

[30] Sambrizzi, E. La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem. Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires: La Ley. Cita online: AR/DOC/1566/2015.
[31] González Magaña, I. (2015). en Rivera, Julio C. y Medina Graciela –dirs.- Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II. Buenos Aires: La Ley.

voluntad procreacional en caso de procreación asistida-, o c) judicial –si se emite sentencia a partir de un reclamo formulado a tal efecto.[32]

Es importante destacar que el Código unificado considera los derechos que se venían receptando en la legislación argentina, al incorporar los aspectos de la filiación referidos al matrimonio igualitario. En estos casos "la filiación se determina a través de la voluntad procreacional, expresada a través del consentimiento informado", explica Chechile.[33] Es por ello que en la actualidad la terminología que se refiere a la 'determinación de la maternidad y/o paternidad' está cediendo terreno a favor de una fórmula jurídica que elimina el sesgo de género al hablar de 'determinación de la filiación'.

1.8.1 *Determinación de la maternidad*

A partir de la determinación de la maternidad, la norma instituye a alguien como madre de otra persona. Según el artículo 656 CCyCN, para la determinación de la maternidad por naturaleza se tiene en cuenta la prueba del nacimiento -a partir del parto debidamente acreditado-, y la identidad del nacido. El profesional de la salud que intervino en el parto elabora el certificado con los datos correspondientes al nacimiento.

La inscripción de la maternidad debe notificarse a la madre salvo en el caso que sea ella o su cónyuge quien lo solicite. Esta medida persigue que la mujer pueda impugnar la filiación si toma conocimiento de que un niño fue inscripto erróneamente como su hijo. En el caso de las TRHA, el artículo 562 CCyCN dispone que la maternidad se determine también por el parto. Por lo cual, no hay diferencias entre la determinación de la maternidad por naturaleza y TRHA, como tampoco entre la maternidad matrimonial y extramatrimonial.

1.8.2 *Determinación de la filiación matrimonial*

[32] Bossert, G; Zanonni, E. (2000). Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Astrea.
[33] Chechile, A, M. (2015). Derecho de familia conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. 1ra. edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

En el caso de un matrimonio, la presunción de la filiación de un niño recae sobre el o la cónyuge de su madre. De acuerdo al artículo 566 CCyCN para que dicha presunción resulte efectiva el nacimiento debe producirse después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio, separación de hecho, fallecimiento o nulidad del matrimonio.

Un acierto en la redacción del artículo se relaciona con la distinción entre la fecha de interposición de la demanda y la separación de hecho, dado que es infrecuente que ambas coincidan. Tal como señala Kemelmajer de Carlucci[34] la separación de hecho implica la interrupción de la vida en común –y por extensión de la cohabitación y las relaciones sexuales- de los cónyuges, por voluntad de uno o de ambos, sin que haya mediado una resolución judicial al respecto.

Entonces, al desaparecer su fundamento, se produce el cese de la presunción. Sin embargo, el artículo 567 CCyCN prevé que los progenitores, por mutuo consentimiento, puedan inscribir al niño como hijo matrimonial a pesar de haber cesado la presunción de filiación. Es decir, que en este supuesto prevalece el consentimiento de las partes en detrimento de la presunción legal. Se advierte que ello obedece a la recepción en la codificación fondal del progresivo avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia.

Por su parte, el artículo 568 CCyCN regula la presunción en caso de matrimonios sucesivos en la filiación por naturaleza. La norma establece que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primer matrimonio –cuando han transcurrido menos de ciento ochenta días del nuevo enlace- tiene vínculo filial con el primer cónyuge. Además, se presume que el niño nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primer matrimonio y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio tiene vínculo filial con el segundo cónyuge.[35] Se aclara en dicho artículo que todas estas presunciones admiten prueba en contrario.

[34] Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial de la Nación. Revista Jurídica La Ley. Tomo 2014-E. Buenos Aires: La Ley.
[35] Sturla, R. (2015). Derecho de familia en el nuevo Código Civil. 2da. edición. Buenos Aires: García Alonso.

Cabe agregar que la filiación matrimonial en casos de TRHA se establece por la voluntad procreacional expresada a través de consentimiento informado, según lo estipula el artículo 569 inc. c) del CCyCN.

1.8.3 *Determinación de la filiación extramatrimonial*

En materia de filiación extramatrimonial, la norma establece que la misma se determina por el reconocimiento –sólo paterno-, la sentencia firme declarada en juicio de filiación y el consentimiento pleno, informado y libre que prestan respecto al uso de las TRHA, según se desprende el artículo 570 del CCyCN.

Al correlacionar los arts. 569 y 570 puede advertirse que la determinación de la filiación matrimonial se diferencia de la extramatrimonial en que la segunda incorpora el acto jurídico del reconocimiento voluntario –a realizarse ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas-, o bien forzado -si el emplazamiento filial es alcanzado a través de una sentencia judicial-. El reconocimiento no se admite en las TRHA, sino que está regida por la voluntad procreacional. Esta regla es aplicable tanto en la filiación matrimonial como extramatrimonial.

El reconocimiento constituye un acto jurídico a través del cual una persona declara que otra es su hijo o hija.[36] Este emplazamiento permite efectivizar los derechos y obligaciones que se derivan de dicho vínculo filiatorio. El reconocimiento tiene caracteres que pueden rastrearse en los artículos 570, 571 y 573 del CCyCN: es declarativo –afirma un vínculo ya existente-, es formal –deben seguirse las pautas fijadas por la ley-, es lícito –conforme a la norma-, individual –lo realiza sólo el padre-, y es irrevocable –otorga seguridad jurídica.[37]

Resta mencionar que puede reconocerse a un hijo ya fallecido aunque ello no otorga derechos hereditarios para así evitar que el acto responda a un fin meramente

[36] Belluscio, A. (2011). Manual de Derecho de Familia. Décima edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
[37] Chechile, A, M. (2015). Derecho de familia conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. 1ra. edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

económico orientado a captar la herencia –artículo 573 CCyCN-. A su turno, el artículo 574 CCyCN dispone que se pueda reconocer al hijo por nacer. Este acto queda sujeto al nacimiento con vida de la persona en gestación.

En otro orden de cosas, en la determinación de la filiación extramatrimonial en las TRHA prevalece la voluntad procreacional por encima de la realidad biológica. Al efecto, el artículo 575 CCyCN aclara que no se genera vínculo jurídico alguno con los gametos de terceros, salvo si la finalidad es la de utilizárselo para plantearlo como impedimento matrimonial. En definitiva, en el caso de las TRHA –y a diferencia de lo que acontece en la filiación por naturaleza- no hay un régimen diferenciado de filiación matrimonial y extramatrimonial.

1.9 Situación en el derecho comparado

La posibilidad de analizar distintos aspectos del sistema jurídico de otros países permite observar desde una perspectiva global el derecho de familia argentino y, en particular, los avances y retrocesos que pueden presentarse en materia de filiación. El panorama que se presenta en este apartado está segmentado en dos grandes bloques. Por una parte, se encuentran los países que pertenecen al denominado hemisferio 'occidental' y que, con algunos matices, reconocen principios similares. Por otra parte, resulta de interés aproximarse a la realidad del derecho musulmán, cuyas particularidades no suelen ser consideradas en este tipo de investigaciones.

En la esfera del derecho continental europeo, se presentan los casos de Francia, España e Italia. En el primer caso, el país galo a través de la ley 2001-1135 eliminó la discriminación entre hijos legítimos y naturales. Específicamente, en el artículo 310-1 se estableció que todos los hijos con filiación legal determinada, tienen iguales derechos y obligaciones respecto de sus padres.

En cambio, el Código Civil español prevé que la filiación pueda ser por naturaleza y por adopción, tanto matrimonial como no matrimonial. Si bien cada tipo de filiación tiene caracteres particulares, no existen distingos en cuanto a los efectos que genera. Vale la pena subrayar que en el país ibérico se admite la filiación por técnicas

de procreación asistida.[38] Similar escenario se presenta en Italia, que fija la equiparación de estado jurídico entre los nacidos dentro y fuera del matrimonio, manda que comprende también a los hijos adoptivos.

Si se focaliza la atención en Latinoamérica, considerar la normativa vigente en países como Chile, Uruguay y Perú contribuye a la comprensión de las principales tendencias en materia de filiación en el subcontinente. En el ordenamiento jurídico chileno, se contempla la naturaleza –matrimonial o extramatrimonial-, la adopción y las técnicas de procreación asistida como fuentes de la filiación. En este último supuesto, el código civil transandino establece que las personas sometidas a dichas técnicas son consideradas los padres del nacido. Además, el artículo 182 del referido cuerpo legal determina que no puede impugnarse esta clase de filiación, ni requerirse otra distinta.

En Uruguay, la particularidad reconocible tiene que ver con los contrastes de su sistema jurídico. Mientras que en 2013 entró en vigencia la ley 19.075 de 'Matrimonio igualitario' y en 2014 la ley 19.167 de 'Técnicas de reproducción humana asistida', las fuentes de la filiación se limitan a la naturaleza y la adopción. Sin embargo, se consideran hijos legítimos a los nacidos que proceden del matrimonio civil y los legitimados adoptivamente. La denominación 'hijos naturales' se mantiene para quienes son concebidos fuera del matrimonio. Estos hijos no pueden ser reconocidos por sus padres hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial existente.

A su turno, en el ordenamiento legal peruano la filiación puede ser matrimonial, extramatrimonial y adoptiva (artículos 361, 377 y 386 del Código Civil del Perú). Si bien no existe una disposición expresa que enumere las fuentes de la filiación, hay cierto consenso en considerar a la naturaleza –por relación sexual natural y por procreación asistida- y la adopción. Respecto a la cantidad de vínculos filiares, hay una regulación tácita que fija un máximo de dos vínculos de esa naturaleza para los hijos, supuesto que se verifica explícitamente en la adopción, según el artículo 377 del código peruano.

[38] Farnós Amorós, E. (2011). "Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: Estado de la cuestión, propuestas y retos", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Nro. 49. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Por otra parte, el derecho musulmán no contempla la filiación natural respecto del padre. Sólo se acoge la filiación natural materna –con efectos similares a la legítima- que impone a la madre el deber alimentario, aunque estos deberes no extienden sus efectos a los parientes de ella. La filiación verdadera o legítima es la *nasab* y surge siempre del matrimonio, efectivo o presumido del padre.[39]

Asimismo, la autora Corral Talciani[40] explica que los hijos de relaciones extramatrimoniales son considerados ilegítimos y carecen, jurídicamente, de filiación paterna. Se prohíbe la investigación de la paternidad y solo pueden ser reconocidos por la madre. Esta regla se ha flexibilizado en algunos países musulmanes, como El Líbano, mediante la autorización del reconocimiento paterno del hijo extramatrimonial, aunque al único efecto de que pueda llevar el apellido del progenitor.

A modo de resumen del presente capítulo es importante señalar que la filiación ha experimentado avances trascendentes desde la primitiva redacción del Código Civil velezano hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a través de la recepción legislativa de principios de raigambre constitucional emanados de tratados internacionales suscriptos por Argentina en las últimas décadas. A lo que deben añadirse las demandas surgidas en el derecho interno y las tendencias predominantes del derecho comparado que ha dado lugar, por ejemplo, a la igualdad jurídica de todas las filiaciones, cualquiera sea su origen.

Entre los cambios significativos mencionados en esta sección –y por su relevancia respecto a la temática abordada en este trabajo- merece destacarse el reconocimiento en la codificación de fondo de las técnicas de procreación humana asistida. Estos y otros aspectos relacionados con la denominada fecundación artificial, especialmente en lo que versa sobre la Fecundación Post Mortem (eje central de este trabajo) serán abordados con mayor profundidad en los próximos capítulos.

[39] García de Solavagione, A. Filiación por naturaleza o biológica. En Borda, G. (2014). Derecho de Familia y de las Personas. Entre el derecho dado y el derecho comparado. Córdoba, Argentina: Nuevo Enfoque Jurídico.

[40] Corral Talciani, H. Anonimato del progenitor versus derecho del hijo a conocer su identidad biológica. En La filiación: sus desafíos jurídicos, hoy. Buenos Aires: Educa.

CAPÍTULO II: TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: FECUNDACIÓN POST MÓRTEM

1.1 Fecundación Post Mórtem

En el primer capítulo, se ha podido analizar desde la legislación nacional y también desde la legislación procedente del derecho extranjero, lo referido a las técnicas de reproducción asistida, específicamente en lo concerniente a la filiación.

Asimismo, el Código Civil y Comercial (CCyC) regula un sistema de filiación aplicable a las TRHA, que se estructura sobre la voluntad procreacional. Por su parte, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación preveía la filiación post mortem, pero la figura fue suprimida en el marco del debate parlamentario. No obstante, esta era sumamente restrictiva y no admitía el consentimiento presunto.

Pese al vacío legal, la demanda social no ha cesado y hasta el momento se han dictado diversas sentencias favorables a este tipo de técnicas. El denominador común de los casos judicializados radica en la ausencia de un consentimiento específico otorgado por el difunto.

Debido al vacío legal existente en lo respectivo a la Fecundación Post Mórtem, el criterio jurisprudencial se ha expedido de la siguiente en manera, a partir de 1999:

Salituri Amezcua explica que el primer supuesto en el país, procede del año 1999. Se trató de una mujer española que enviudó durante su luna de miel en la Argentina y solicitó la extracción de semen del cadáver de su marido con el propósito de poder llevar ese material genético a su país para realizar una TRHA.[41] En el caso intervino el consulado español, lográndose la autorización judicial al no existir una norma que prohibiera tal práctica.

Del año 2011 a la actualidad, se dictaron diversas sentencias sobre el tema en cuestión, en Argentina.

El primero dio lugar al fallo del Tribunal de Familia de Morón Nº 3 del 21/11/2011, en los autos "G.,A.P. s/ autorización", con motivo de una acción declarativa

[41] Salituri Amezcua, M, M. (2020). Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem. Ministerio de Salud de la Nación Argentina. Recuperado de: https://salud.gob.ar/dels/entradas/jurisprudencia-argentina-en-materia-de-fertilizacion-post-mortem

de certeza iniciada por una mujer que pretendía seguir adelante con un tratamiento de fertilización iniciado con su marido (en vida de ambos), utilizando las gametas masculinas crioconservadas de éste luego de su prematura muerte a raíz de un cáncer.[42] El centro de fertilidad se negaba a proseguir el tratamiento previsto. El Tribunal resolvió favorablemente a la solicitud de la actora y autorizó la utilización del semen criopreservado. En este caso, el tratamiento de fertilización se había iniciado estando el marido de la actora con vida, y la discusión judicial se centró sobre la continuación del tratamiento, una vez fallecido el mismo.

Los argumentos se basaron en la aplicación del principio de legalidad y reserva (art. 19, Constitución Nacional), dado a que no existe regla que prohíba expresamente la Fecundación Post Mórtem (FPM); el derecho a la salud reproductiva; el derecho a la protección familiar y a la autodeterminación del plan de vida en tanto la actora solicitó continuar el proyecto familiar que se había comenzado a construir en vida de ambos cónyuges; la existencia de consentimiento expreso del marido de crioconservar su esperma para realizar la TRHA y de consentimiento presunto en cuanto a la FPM específicamente. No se hizo ninguna referencia a eventuales derechos filiales ni sucesorios del nacido/a en relación al premuerto.[43]

El segundo fallo fue dictado el 7/08/2014 por la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, en la causa "S.,M.C. s/ medida autosatisfactiva". Se originó ante la interposición de un recurso de apelación, deducido por la actora, contra la sentencia que rechazó su pedido de autorización para someterse a una TRHA con los gametos de su esposo fallecido, cuya extracción había sido autorizada judicialmente con anterioridad.

La Cámara revocó la resolución impugnada, autorizando la utilización de los gametos extraídos. Se fundó en el principio de legalidad del artículo 19, CN, la garantía legal de acceso integral a las TRHA (ley nacional 26.862) y la aplicación de la doctrina de la Corte IDH en el caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica".

[42] Salituri Amezcua, M, M. (2020). Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem. Ministerio de Salud de la Nación Argentina. Recuperado de: https://salud.gob.ar/dels/entradas/jurisprudencia-argentina-en-materia-de-fertilizacion-post-mortem

[43] Salituri Amezcua, M, M. (2020). Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem. Ministerio de Salud de la Nación Argentina. Recuperado de: https://salud.gob.ar/dels/entradas/jurisprudencia-argentina-en-materia-de-fertilizacion-post-mortem

Sobre la falta de consentimiento del difunto, afirmó que existía una autorización judicial firme que dispuso la extracción de esperma y que se practicó con anterioridad a la fecha de publicación del decreto 956/2013, reglamentario de la ley 26.862, por lo que el artículo 8º sobre la necesidad de consentimiento previo (llama la atención la referencia a una norma relativa al donante de gametos) no es aplicable por el principio de irretroactividad de la ley. Por otro lado, sostuvo que el niño/a que eventualmente pudiese nacer no alcanzaría a tener vocación sucesoria, toda vez que la herencia se defiere al momento de la muerte del causante.

El tercer caso se enmarcó bajo la carátula "K.J.V. c/Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo". Al varón de una pareja le detectaron cáncer y frente a ello decidió criopreservar su semen en un centro de fertilidad con el objetivo de procrear. Un año después de su muerte, la mujer promovió un amparo solicitando autorización para retirar el semen crioconservado, con la finalidad de realizarse una TRHA, y que se ordene a la obra social cubrir la práctica.

En primera instancia, el Juzgado Nacional en lo Civil Nº 3 falló el 3/11/2014, admitiendo el amparo. Se basó en el artículo 19, CN; en el fallo del Tribunal mendocino comentado anteriormente; en la exégesis de la ley 26.862 que contempla de manera integral todo tipo de práctica relacionada con la asistencia médica para la consecución del embarazo, incluida la FPM; en la aplicación del derecho convencional de los derechos humanos, especialmente los estándares del caso "Artavia Murillo", y en la existencia de la voluntad presunta del fallecido para que sus gametos fueran utilizados por su conviviente después de su muerte.

Entendió que, en el caso, no se estaba en presencia de un niño que proteger y que correspondía hacer lugar a la cobertura médica solicitada. Nada se consideró en relación a eventuales derechos filiatorios y/o sucesorios. En segunda instancia, la Sala H de la Cámara Nacional confirmó la decisión del a quo autorizando a J.V.K. a someterse a TRHA con los gametos criopreservados por su difunto conviviente y condenó a la obra social a brindar cobertura integral del 100%.

El cuarto y último caso judicial sobre FPM ocurrió en La Pampa, donde el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Nº 4 de Santa Rosa, falló el 30/12/2015 en la causa "A., C.V. c/ Instituto de Seguridad Social-Sempres/ amparo". Se trató de un matrimonio que tenía seis embriones criopreservados

(con semen propio y óvulos de donante anónimo) con el propósito de lograr un embarazo, ante la muerte imprevista del varón, la mujer dedujo un amparo contra la obra social para que se la condene a otorgarle la cobertura integral de la FPM y se autorice su realización.

La jueza hizo lugar a la petición y condenó al Instituto demandado. Los argumentos consistieron en el principio de reserva establecido en el artículo 19, CN; que la transferencia post mortem de embriones no merece mayores reparos de parte de quienes sustentan incluso una postura contraria a la FPM, presentándose como un supuesto en el que no hay controversia doctrinaria ni judicial; la existencia de una tendencia en la jurisprudencia argentina proclive a posibilitar la FPM; la aplicación de los estándares de la Corte IDH, especialmente de los casos "Artavia Murillo", sobre comienzo de la existencia de la persona, y "Fornerón vs. Argentina", en materia de protección de la familia monoparental; y la aplicación de la ley 26.862 de acceso integral ya que, si bien el supuesto no está expresamente contemplado, eso no significa que esté excluido y, menos aún, prohibido.

En cuanto al consentimiento del fallecido entendió que no existían razones para dudar de la voluntad procreacional expresada por el varón cuarenta y nuevedías antes de fallecer imprevistamente. En cuanto al aspecto filial, sostuvo que no formó parte de la pretensión discutida en el proceso y que, de haberse planteado, no sería una cuestión actual sino hipotética.

En estos casos mencionados, el criterio jurisprudencial se expidió a favor de la Fecundación Post Mórtem, apelando a la aplicación del principio de legalidad y reserva del artículo 19, CN, en virtud del cual lo que no está prohibido está permitido, y de los estándares de derechos humanos emanados de la Corte IDH en el caso "Artavia Murillo", asimismo se ha concedido la cobertura de la técnica en virtud de la ley 26.862 y se ha admitido la posibilidad de presumir el consentimiento del difunto (o bien no exigirlo en algún caso).

1.2 Sobre el Consentimiento

En los fallos mencionados en el apartado anterior, se ha enfatizado sobre la cuestión del consentimiento, debido a que como la ley no legisló concretamente sobre la

Fecundación Post Mórtem, los jueces muchas veces al momento de expedirse en una sentencia, analizan si hubo o no consentimiento expreso.

Las fuentes jurídicas que constituyen un emplazamiento son múltiples y complejas, como es compleja la naturaleza humana. Sobre todo en la filiación, supone la interacción de elementos biológicos, psicológicos, sociales y jurídicos, de los que el derecho selecciona algunos que considera relevantes para el establecimiento de la filiación. Díaz de Guijarro[44] distingue los diversos elementos constitutivos del vínculo familiar de la siguiente forma: hay un vínculo biológico que es presupuesto de un vínculo jurídico.

El vínculo jurídico tiene como presupuesto el vínculo biológico (que es negado en caso de ser inconveniente para el hijo y desemboca en ese caso en un vínculo jurídico adoptivo).[45] El emplazamiento en el vínculo jurídico procede por medio de un acto voluntario de acuerdo a un régimen normativo que enmarca el contenido de la relación jurídica a la que se entra por medio de la voluntad. Pero siempre e invariablemente es la voluntad el punto de partida del emplazamiento. En el caso del matrimonio la voluntad es bilateral, en el caso de la filiación, la voluntad como elemento constitutivo es unilateral, lo que demuestra el desequilibrio de poderes que se da en el establecimiento de la filiación entre progenitores (que tienen el poder unilateral de establecerla antes del nacimiento o después) y los hijos (que apenas tienen la herramienta tardía de la impugnación). Los actos que llevan al emplazamiento son siempre institucionales y no contractuales para el autor.

Siguiendo la teoría de Díaz de Guijarro[46], la voluntad humana se encuentra siempre como un elemento previo del emplazamiento, pero esa voluntad es complementada con la dimensión institucional derivada del vínculo filiatorio. No obstante, el derecho se niega a convalidar la negativa de ser padre cuando se ha engendrado. Si un padre engendró, ese acto es irrevocable e implica que deberá asumir las consecuencias del vínculo que ha creado, ya que, la voluntad de engendrar es unilateral y entre padre e hijo engendrado existe una desproporción y una desigualdad,

[44] Díaz de Guijarro, E. (1953). Tratado de Derecho de Familia, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.
[45] Díaz de Guijarro, E. (1953). Tratado de Derecho de Familia, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.
[46] Díaz de Guijarro, E. (1953). Tratado de Derecho de Familia, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.

por la cual el hijo deviene absolutamente dependiente de su progenitor. Así es que, cuando un progenitor engendra, el derecho lo obliga con los medios que tiene a su disposición, a que asuma la responsabilidad de la procreación, que se continúa en la responsabilidad parental.

De los elementos biológicos y psicológicos que se enunciaron, el derecho elige unos pocos para determinar la filiación y causar así el estado de cosas que desembocará en el emplazamiento. En el caso de la madre, elige el parto. El parto es elemento suficiente por sí para provocar el emplazamiento.[47] En el caso del padre, si es casado, la presunción provoca por sí el emplazamiento.

Siguiendo en parte la doctrina española[48] y a la luz de la nueva regulación que ofrece el Código Civil y Comercial, conviene distinguir entre fuentes jurídicas concurrentes para producir el emplazamiento, fuentes jurídicas suficientes para producir el emplazamiento y fuentes jurídicas constitutivas del emplazamiento.

Los elementos concurrentes son los que por sí no se bastan para producir el emplazamiento, sino que deben actuar en conjunto con otros elementos a tal fin. Elementos suficientes son los que se bastan por sí mismos para producir el emplazamiento pero no constituyen en sí mismos un título de estado. Finalmente, elementos constitutivos son aquellos que tienen en sí la virtualidad de constituir por sí un título de estado oponible a terceros.

Entonces se puede sintetizar de la siguiente manera:

a) el consentimiento es una causa-fuente del emplazamiento;

b) en algunos casos, actúa como fuente jurídica o elemento suficiente para provocar el emplazamiento (filiación por técnicas de reproducción asistida extramatrimonial, en la que el consentimiento es suficiente para provocar el emplazamiento);

[47] Díaz de Guijarro, E. (1953). Tratado de Derecho de Familia, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.
[48] Zannoni, E. (2002). Derecho de Familia, Astrea, Buenos Aires. T. II, p. 363.

c) en otros casos, actúa como fuente concurrente (filiación por técnicas de reproducción asistida matrimonial, en dónde concurre con las presunciones, y veremos ya la significación de esa concurrencia respecto del estado de familia derivado);

d) no constituye en sí un título jurídico;

e) el título jurídico de la filiación derivará de la inscripción del consentimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Si bien ni la ley 26.862 ni la regulación del Código Civil y Comercial explicitan de qué forma se recabará ese consentimiento y cómo se guardará constancia de él, el art. 560 explicita quién lo recabará: el centro de salud interviniente (que realice las técnicas).

Así pues, Basset[49] sostiene que es el centro de salud quien será responsable de las deficiencias en el proceso de formación de dicho consentimiento en el caso de que pudieran derivar hechos dañosos para las partes. Será igualmente responsable de su registro y resguardo, en la medida en que constituye una pieza esencial de cara al resguardo del derecho personalísimo a la identidad de los que participan en el proyecto parental así como del hijo que sea concebido.

1.3 El Derecho sucesorio en la Fecundación Post Mórtem

Una de las controversias más dificiles de resolver radica en decidir si los embriones no implantados son o no sucesores del causante. Para ello, es importante tener presente que el Pacto de San Jose de Costa Rica establece que se es persona desde el momento de la concepción, y que igual orientación ha tenido el artículo 19 del Código Civil y Comercial.

Si se reconoce el derecho de la persona humana desde el momento de la concepción, entonces se debe determinar los derechos sucesorios de los embriones congelados y no implantados y el de los niños que nazcan de gametos crioconservados.

[49] Basset, U. El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial. 14 de julio de 2015. La Ley.

El artículo 2229 del CCyC establece las personas que pueden suceder al causante:

a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;

b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;

c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561;

d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.

En el texto del CCyC aprobado por la ley 26.994 se modifica el artículo 563 y se suprime la posibilidad de que la persona de su consentimiento para que los embriones se transfieran a la mujer dentro del año posterior al fallecimiento, y el artículo 2779 remite al artículo 561 que estipula que. *"La instrumentación de dicho consentimiento (informado del art. 560) debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".*

Con las reformas introducidas, al suprimirse la filiación post mortem y establecer que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, se configura una situación compleja similar a la que se daba antes de la sanción del Código Civil y Comercial, pues la remisión al art. 561 no soluciona las cuestiones.

Para que exista filiación y derecho sucesorio del hijo nacido con auxilio del tratamiento médico, respecto del progenitor fallecido, ambos usuarios de la técnica tienen que haber prestado y suscripto el consentimiento informado del art. 560, con las formalidades del art. 561, y además renovado ese consentimiento antes de proceder a la utilización de los gametos o de la implantación del embrión.

Es decir, la mujer tiene que haber sido fecundada, o el embrión tiene que haber sido implantado con el consentimiento renovado de ambos usuarios a la fecha de la muerte del esposo o conviviente de la mujer, para que el recién nacido a través de este procedimiento tenga vínculo filiatorio y derecho hereditario con respecto a ambos progenitores y pueda suceder al fallecido, siempre que nazca con vida (art. 21, 562 y

2279, incisos a) y b). Por lo tanto, si el hombre falleció antes de renovar su consentimiento para la transferencia del embrión, el consentimiento inicial que prestó queda privado de efectos y la mujer impedida de obtener la implantación del embrión, que será descartado y destruido como una cosa inservible, o destinado a la investigación, privándolo de la posibilidad de continuar su desarrollo vital.

En este contexto, en la mayoría de las legislaciones Europeas la aplicación post mortem de las técnicas procreativas está prohibida; y si no obstante se utiliza sus consecuencias se rigen por el derecho común. Así ocurre en el derecho francés: respecto a la filiación post mortem, como no está reglada la situación de los hijos nacidos de una técnica de procreación médicamente asistida no contemplada por la ley , se aplican las reglas del derecho común: si se prueba la existencia del vínculo biológico entre el niño y el hombre fallecido, cuyo semen se utilizó en la técnica procreativa y ha prestado su consentimiento para su aplicación, el juez habrá de declarar la filiación; pero no podrá heredar porque lo impide el art. 725 C.Civil francés, en razón de que no existía a la fecha de la muerte del causante.

Es entonces que se determina que la solución sobre los derechos hereditarios de las personas que nazcan después de la muerte de los dadores de gametos debe ser absolutamente clara, para evitar cualquier tipo de inseguridad jurídica.

Padovan[50] explica que *"parece incuestionable que tales nacimientos son hoy en día técnicamente posibles, no se encuentra prohibida la crioconservación ni de gametos, ni de embriones en consecuencia creemos que debe interpretarse el Código Civil y Comercial en forma integral y establecer que quienes nazcan por técnicas de fecundación humana asistida realizadas postmorten no tienen derechos hereditarios, cuando al momento de su muerte el progenitor fallecido no hubiera renovado el consentimiento para la utilización de gametos o de embriones"*. Y que no es válido que en un testamento se autorice la utilización de gametos congelados, ni de embriones no implantados, porque el testamento tiene efectos post mortem y la voluntad procreacional

[50] Padovan, F. Derecho sucesorio. Condición de los embriones no implantados frente al causante. 14/10/2015. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/fernando-padovan-derecho-sucesorio-condicion-embriones-implantados-frente-al-causante-dacf150779-2015-10-14/123456789-0abc-defg9770-51fcanirtcod

debe ser otorgada antes de la muerte del causante. El autor mencionado[51] explica que si por ejemplo, el 2 de agosto del 2015 a las 10 de la mañana el progenitor renueva su consentimiento para implantar el embrión en el útero de su esposa el 3 de agosto y muere la noche del 2 de agosto. La mujer podrá implantar el embrión y el hijo nacido tendrá derechos sucesorios. En cambio si no ha renovado su consentimiento no podría realizarse la técnica y el embrión no podría ser implantado y de serlo no tendría derechos hereditarios aunque hubiera dado un consentimiento original para la realización de la técnica.

En este caso, se requieren dos consentimientos; uno es el consentimiento para la realización de la técnica en si y otro es el consentimiento particular para cada vez que se va a utilizar el material genético o implantar embriones, el fundamento de este doble consentimiento está dado porque la base de la técnica es la voluntad, que debe existir al momento de la implantación.

En este sentido el CCyC se aparta de la Jurisprudencia vigente en nuestro país hasta la actualidad, la cual siempre ha permitido la utilización del material genético post mortem, en base al principio de que todo aquello que no está prohibido está permitido.[52]

Es entonces que a la luz de todo lo considerado, a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial ley 26.994, tal técnica no podría ser realizada porque no basta que el consentimiento no sea revocado sino que se requiere la renovación del consentimiento expreso para el caso.

De todos esos principios surge que después de la vigencia del Código Civil y Comercial el embrión no implantado, cuyo progenitor no hubiera renovado el consentimiento para su implantación no tendrá derechos sucesorios.

[51] Padovan, F. Derecho sucesorio. Condición de los embriones no implantados frente al causante. 14/10/2015. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/fernando-padovan-derecho-sucesorio-condicion-embriones-implantados-frente-al-causante-dacf150779-2015-10-14/123456789-0abc-defg9770-51fcanirtcod

[52] Padovan, F. Op.Cit.

CAPÍTULO III: ABORDAJE METODOLÓGICO

La presente tesis con modalidad de discusión teórica es descriptiva con un enfoque cualitativo. Es pertinente retomar a la pregunta problema que dio origen al mismo:

¿Qué sucede con la filiación y los derechos sucesorios en un supuesto de Fecundación Post-Mortem, en el ordenamiento jurídico argentino?

El objetivo general consistió en:

Analizar qué sucede con la filiación y los derechos sucesorios en un supuesto de Fecundación Post-Mortem, en el ordenamiento jurídico argentino.

Mientras que los objetivos específicos delimitados fueron los siguientes:

- Analizar la legislación existente sobre filiación y derechos sucesorios en un supuesto de Fecundación Post-Mortem en el derecho argentino y comparado.
- Discutir desde la doctrina las diferentes posiciones sobre el tema.
- Determinar los efectos del vacío legal en lo respectivo a la filiación y derechos sucesorios en un supuesto de Fecundación Post-Mortem dentro del ordenamiento jurídico argentino.

En el siguiente capítulo, se analizará qué sucede con la filiación y los derechos sucesorios en un supuesto de Fecundación Post-Mortem, desde el criterio jurisprudencial actual, tomando el período 2020, además de analizar una sustancia correspondiente a los Ciclos de Conferencias de Maestros del Derecho llevado a cabo en la Universidad Abierta Interamericana.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS E INTEPRETACIÓN DEL MATERIAL RELEVADO

En el primer y segundo capítulo, correspondientes al marco teórico, se ha podido analizar la temática en estudio a la luz de la doctrina, legislación y jurisprudencia existente sobre el tema. En este capítulo se profundizará sobre la Fecundación Post Mórtem desde el análisis del criterio jurisprudencial actual (tomando el año 2020), para poder profundizar sobre este fenómeno.

Ante todo, es pertinente retomar a la pregunta que motivó el interés en realizar esta investigación:

¿Qué sucede con la filiación y los derechos sucesorios en un supuesto de Fecundación Post-Mortem, en el ordenamiento jurídico argentino?

Para ello, se analizará la sentencia dictada el 5/2/2020 procedente del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 7, en los autos caratulados "C., E. s/autorización".

4.1 Análisis de sentencia

La situación comienza con un hombre al que su médico le advierte que el inminente inicio de un tratamiento de quimioterapia, a causa de un cáncer detectado, podría afectar su capacidad reproductiva. Es así que el hombre decide proceder a la criopreservación de su semen. En el contrato suscripto con la clínica, se estableció que el plazo de vigencia del consentimiento era de un año a partir de la fecha de la entrega de la muestra y su congelamiento, pudiendo ser renovado de mutuo acuerdo por escrito.

El hombre fallece tiempo después y su mujer concurre a la clínica donde se había comenzado el procedimiento, a efectos de continuarlo. Allí se le informa que es necesario contar con una autorización judicial en reemplazo de la voluntad de quien fuera en vida su cónyuge.

La mujer entonces requiere dicha autorización a fin de utilizar el material criopreservado en un tratamiento de fertilización asistida post mortem. La familia del hombre, hermanos y progenitores, parecen compartir el planteo realizado. En su pedido, la mujer alega la inexistencia de descendientes de su matrimonio y que la procreación era un proyecto común de la pareja.

La magistrada radica su planteamiento en que la cuestión central a analizar en el caso se conecta con las características y alcances del consentimiento prestado por el causante. Fundamentalmente si este proyectaba sus efectos aún luego del fallecimiento.

En el fallo se destaca que *"la FPM puede definirse como aquella técnica de reproducción humana asistida que se lleva adelante luego del fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja y que incluye tanto la fecundación de óvulos (con semen criopreservado y/o extraído con posterioridad al fallecimiento), como la trasferencia embrionaria de manera indistinta".* Este caso, se instala en el primero de los supuestos mencionados, en tanto no se había llegado a generar un embrión.

La magistrada realiza una postura crítica sobre la ausencia de regulación en nuestro país sobre el tema y señala que ello habilita una "total discrecionalidad del juez a la hora de fallar".

Luego, describe y analiza diferentes aspectos: a) las características de la legislación proyectada en nuestro país; b) la regulación en el derecho comparado; c) las diversas posturas doctrinarias que van desde la más absoluta prohibición hasta la admisión de este tipo de prácticas, posicionándose claramente en esta segunda corriente; d) los antecedentes jurisprudenciales sobre el tema.

En el aspecto normativo hace expresa referencia a: a) la ley 26529 de "derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud", modificada por la ley 26742 y su decreto reglamentario 1089/2012, especialmente los artículos 2 y 5 que hacen referencia al consentimiento informado; b) la ley 26862 sobre "reproducción médicamente asistida" que en su artículo 7 establece el derecho de toda persona mayor de edad a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, y que "el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer"; c) las normas del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCo.) que reconocen el valor de la voluntad procreacional como fuente filiatoria (art. 562) y la importancia del consentimiento previo, informado, libre (art. 560) y revocable "mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión" (art. 561); d) las normas del CCyCo. referidas a los derechos personalísimos del individuo, específicamente la que señala que en estos casos el "consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable" (art. 55), la que establece la imposibilidad de que un tercero supla la voluntad respecto a

actos de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56) y la que expresa las características que debe reunir el consentimiento informado (art. 59).

Se afirma así que *"de los artículos antes mencionados, se infiere la importancia del 'consentimiento previo e informado' en las técnicas de reproducción humana asistida por actos entre vivos, por lo que, con mayor razón, deberá exigirse dicho consentimiento en el caso de que el material genético sea utilizado post mortem debiendo, por las consecuencias jurídicas y familiares que ello trae aparejado, extremarse las medidas a fin de acreditar que el consentimiento se manifestó en forma clara, libre y deliberada".*

En el caso de marras, se determina que el causante solo suscribió un contrato de criopreservación de semen. No hubo consentimiento prestado para el inicio de una TRHA y menos para una fertilización en caso de fallecimiento. Esta situación fue también destacada por el agente fiscal, que manifestó su posición contraria a la solicitud de la mujer.

A pesar de que la sentenciante manifiesta su postura amplia respecto a la admisión de este tipo de prácticas, en el caso concreto niega la solicitud de la mujer, impidiendo así la posibilidad de realizar una FPM. Entiende que autorizar la fertilización con el material genético de la persona fallecida *"...afectaría a todas luces, los derechos personalísimos del difunto, entendidos como aquellos que están íntimamente ligados con la persona y que son, por naturaleza, inherentes a ella y su dignidad a la vez que intrasmisibles. Por ende, las decisiones al respecto de ellos, no pueden ser tomadas sin la opinión ni actuación de su titular".*

Respecto al derecho a la paternidad o maternidad, expresa que debe recordarse que no existen derechos absolutos *"...que todos están sujetos a regulación, y que aquí los derechos defendidos por la actora entran en coalición con los derechos personalísimos de una persona que ha fallecido. En el caso en cuestión, no son los derechos reproductivos en general los que están en juego, sino específicamente aquellos que se vinculan con el uso del material genético criopreservado de una persona que no ha dado su consentimiento expreso para que su esposa, lo utilice luego de la muerte (aun pudiéndolo haber hecho)".*

Se destaca que en estos casos no puede presumirse el consentimiento y que la falta de una manifestación expresa respecto a la conformidad con una FPM impide la autorización de dicha práctica.

En este caso, mi postura difiere a la postura de la magistrada, debido a que considero que ante un caso de Fecundación Post Mórtem, se puede presumir el consentimiento salvo que exista una prueba contraria, debido a que existe un vacío legal, que en este caso puede beneficiar a la parte actora. Asimismo, considero que la FPM no colisiona con los derechos personalísimos del difunto, porque no le generaría un menoscabo, dado que sí sería pertinente que exista una restricción en cuánto a los derechos sucesorios, para evitar todo tipo de controversia.

4.2 Relación de la temática en análisis con la sustancia de los Ciclos de Conferencia de Maestros del Derecho UAI

En este apartado se analizará brevemente la relación existente entre la temática en estudio y la sustancia de los Ciclos de Conferencia de Maestros del Derecho UAI.[53] Para ello se ha seleccionado la Conferencia correspondiente a la disertación de los Dres. Tobias, Dra. Kemelmajer y Dr. Vitolo quiénes expusieron el día 14-08-12.

En dicha Jornada se ha podido conocer la importancia de valorar las fuentes del Derecho. La exposición particularmente de la Dra. Kemelmajer de Carlucci afirma que el legislador "no debe enamorarse de ningún artículo", sino que lo debe interpretar de manera coherente según la circunstancia que lo amerite, pero no de manera arbitraria sino con el propósito de evitar situaciones jurídicas injustas. Trasladado al tema en análisis, y teniendo en cuenta los derechos garantizados en el artículo 19 de la Constitución Nacional, la ley 26529 de "derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud", modificada por la ley 26742 y su decreto reglamentario 1089/2012, especialmente los artículos 2 y 5 que hacen referencia al consentimiento informado; b) la ley 26862 sobre "reproducción médicamente asistida" que en su artículo 7 establece el derecho de toda persona mayor de edad a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, y que "el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer"; c) las normas del Código Civil y Comercial de la Nación que reconocen el valor

[53] Maestros del Derecho 14-08-2012 (Dr. Tobias, Dra. Kemelmajer y Dr. Vitolo). UAI.

de la voluntad procreacional como fuente filiatoria (art. 562) y la importancia del consentimiento previo, informado, libre (art. 560) y revocable “mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión” (art. 561), siempre debe prevalecer la coherencia en la interpretación de la norma evitando cualquier tipo de apego, es eso lo que afirma la Dra. Kemelmajer. En la sentencia analizada en el apartado anterior se pudo observar que la magistrada en este caso, se apegó a establecer que en ningún caso puede existir la presunción del consentimiento, sin reparar que en la cuestión atinente a la Fecundación Post Mórtem, el silencio de la ley deja un camino allanado a que esa presunción del consentimiento se consolide, siempre y no cuando no mediare prueba que demuestre lo contrario.

Por lo expuesto y estableciendo una relación con la sustancia extraída en la Conferencia de los Ciclos de Conferencia de Maestros del Derecho UAI, para evitar el dictado de sentencias injustas, se debe interpretar la norma para cada caso en particular con el propósito de evitar posiciones genéricas, máxime en cuestiones tan sensibles como lo es la Fecundación Post Mórtem.

CONCLUSION

Habiendo llegado al final de este trabajo, es pertinente retomar a la pregunta que dio origen a la realización del mismo y que consistió en responder: ¿Qué sucede con la filiación y los derechos sucesorios en un supuesto de Fecundación Post-Mortem, en el ordenamiento jurídico argentino?

Se pudo determinar que si bien al redactar el Anteproyecto de lo que luego sería el Código Civil y Comercial (CCyC), se tuvo en cuenta la figura jurídica de la Fecundación Post Mórtem, luego se eliminó del proyecto, lo que se constituyó en un silencio de la ley frente a este tema, estableciendo un vacío legal. Este silencio de la ley es tomado por los jueces al momento de dictar sentencia, de diferentes maneras. En el segundo capítulo, se ha analizado en orden cronológico el criterio jurisprudencial a partir de 1999 frente a este tema, y si bien la mayoría de la jurisprudencia se ha expedido sobre una posición favorable respecto a la Fecundación Post Mórtem, sigue existiendo controversia específicamente a la cuestión atinente sobre el consentimiento presunto y sobre los derechos sucesorios. Por ello considero que urge la necesidad de que se legisle específicamente sobre este tema para poder dar fin a una cuestión que se encuentra en un limbo jurídico y en donde está en juego principalmente los derechos de filiación. Por ello es que a continuación se presenta una propuesta legislativa con el propósito de encontrar una solución jurídica a dicha cuestión.

PRESENTACIÓN DE PROPUESTA

En este caso considero que sería viable presentar la siguiente propuesta legislativa para dirimir toda controversia jurídica con respecto a la figura de la Fecundación Post Mórtem. Propondría agregar un artículo a la Ley 26.862, con el propósito de que ésta contemple la Fecundación Post Mórtem, sin que sea necesaria la existencia del consentimiento expreso, excepto que existiere una prueba contraria que imposibilite dicho tratamiento y/o que vulnere derechos personalísimos del difunto y/o de algunos de sus herederos. También considero viable que se agregue un artículo al Código Civil y Comercial centrado en dirimir dicha cuestión. Al respecto propongo lo siguiente:

Artículo 2°. - Modifícase el art. 2279 del Código Civil y Comercial de la Nación que quedará redactado del siguiente modo:

"Artículo 2279. Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:

a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;

b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;

c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida de conformidad, siempre y cuando esto no menoscabe de manera intencional derechos personalísimos de otros herederos. En el caso en que colisione con derechos sucesorios de otros herederos, sólo será válida la capacidad de suceder cuando el fallecido hubiere manifestado su consentimiento de forma expresa.

d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento."

BIBLIOGRAFÍA

Basset, U. El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial. 14 de julio de 2015. La Ley.

Belluscio, A. (2011). Manual de Derecho de Familia. Décima edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Bossert, G; Zanonni, E. (2000). Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Astrea.

Cafferata, J. (1952). La filiación natural. Córdoba, Argentina: Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba.

Chechile, A, M. (2015). Derecho de familia conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. 1ra. edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Cicu, A. (1964). Derecho de las sucesiones. Parte General. Traducción de González Porra, José Manuel y notas de Albaladejo García, Manuel. Bolonia, Italia: Publicaciones del Real Colegio de España.

Cifuentes, S. (2001). El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido", en Revista Jurídica La Ley. Tomo 2001-C. Buenos Aires: La Ley.

Corral Talciani, H (2010). Anonimato del progenitor versus derecho del hijo a conocer su identidad biológica. En La filiación: sus desafíos jurídicos, hoy. Buenos Aires: Educa.

Díaz de Guijarro, E. (1953). Tratado de Derecho de Familia, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. [En línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=HuYYEmr

Fanzolato, E. (2008). La filiación adoptiva. Córdoba: Advocatus.

Farnós Amorós, E. (2011). "Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: Estado de la cuestión, propuestas y retos", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Nro. 49. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

García de Solavagione, A. Filiación por naturaleza o biológica. en Borda, G. (2014). Derecho de Familia y de las Personas. Entre el derecho dado y el derecho comparado. Córdoba, Argentina: Nuevo Enfoque Jurídico.

González Magaña, I. (2015). En Rivera, Julio C. y Medina Graciela –dirs.- Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II. Buenos Aires: La Ley.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial de la Nación. Revista Jurídica La Ley. Tomo 2014-E. Buenos Aires: La Ley.

López del Carril, Julio J. (1987). La filiación y la ley 23264. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Maestros del Derecho 14-08-2012 (Dr. Tobias, Dra. Kemelmajer y Dr. Vitolo). UAI.

Mazzinghi, J. (2006). Tratado de Derecho de Familia. Cuarta Edición. Buenos Aires: La Ley.

Padovan, F. Derecho sucesorio. Condición de los embriones no implantados frente al causante. 14/10/2015. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/fernando-padovan-derecho-sucesorio-condicion-embriones-implantados-frente-al-causante-dacf150779-2015-10-14/123456789-0abc-defg9770-51fcanirtcod

Pérez Lasala, J, L. (2014). Tratado de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Tomo I. Parte General. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Perrino, J. (2006). Derecho de Familia. Buenos Aires: Lexis-Nexis.

Rolleri, G. (2016). Principales modificaciones al Derecho Sucesorio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Salituri Amezcua, M, M. (2020). Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem. Ministerio de Salud de la Nación Argentina. Recuperado de: https://salud.gob.ar/dels/entradas/jurisprudencia-argentina-en-materia-de-fertilizacion-post-mortem

Sambrizzi, E. La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem. Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires: La Ley. Cita online: AR/DOC/1566/2015.

Sturla, R. (2015). Derecho de familia en el nuevo Código Civil. 2da. edición. Buenos Aires: García Alonso.

Zannoni, E. (2002). Derecho de Familia, Astrea, Buenos Aires. T. II, p. 363.

Zanonni, E. (2006). Derecho Civil. Derecho de Familia. Quinta edición. Buenos Aires: Astrea.

Legislación Consultada

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Ley 26.862. B.O. 26/06/2013.

Decreto 956/2013.

Ley española 14/2006

Código Civil Francés.

Constitución Nacional Argentina.

Jurisprudencia

Tribunal de Familia de Morón Nro. 3, 21/11/2011, "G.,A.P. s/ autorización", AP/JUR/289/2011.

Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Civil Nro. 3, 3/11/2014, "K.,J.V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo", AR/JUR/53958/2014.

Cámara Nacional en lo Civil, Sala H, 17/4/2015, "K.,J.V. v. I.D.E.G.yF. y otros s/ amparo", AP/DOC/715/2015.

Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, Mendoza, 7/8/2014, "S.,M.C. s/ medida autosatisfactiva", RC J 6303/14.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Nro. 4 de Santa Rosa, La Pampa, 30/12/2015, “A.,C.V. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE / amparo”, inédito.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 7, “C., E. s/autorización”. 05/02/2020.